



Arrest

nr. 237 451 van 25 juni 2020
in de zaak RvV X /

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat V. NEERINCKX
Akkerstraat 1
9140 TEMSE

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE VOORZITTER VAN DE IIde KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Albanese nationaliteit te zijn, op 9 maart 2020 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging en de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 12 februari 2020 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten.

Gezien titel Ibis, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 19 mei 2020, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 16 juni 2020.

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. CAMU.

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. KIWAKANA, die loco Mr. V. NEERINCKX verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat M. DUBOIS, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

De verzoekende partij diende samen met haar echtgenote en kinderen, 4 asielaanvragen in bij de Belgische autoriteiten, die allen negatief werden afgesloten.

De Commissaris-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen nam een laatste beslissing op 15 januari 2016, namelijk een beslissing tot niet in overwegingname van een asielaanvraag. Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: de Raad). De Raad voor Vreemdelingenbetwistingen verwierp het daartegen ingestelde beroep op 23 juni 2016.

De verzoekende partij, haar echtgenote en kinderen werden meerdere malen bevolen om het grondgebied te verlaten, onder meer op 6 augustus 2013, 21 februari 2014, 3 maart 2015 en 21 januari 2016.

Op 23 oktober 2017 werd ten aanzien van R. K., een administratief verslag vreemdelingencontrole opgesteld naar aanleiding van een proces-verbaal wegens winkeldiefstal.

Op 6 november 2017 werd een administratief verslag vreemdelingencontrole opgesteld naar aanleiding van een proces-verbaal wegens illegaal verblijf.

Op 6 november 2017 werd het bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering genomen (bijlage 13septies).

Diezelfde dag werd de beslissing genomen waarbij een inreisverbod werd opgelegd voor de duur van twee jaar (bijlage 13sexies).

Op 7 november 2017 diende het gezin een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad, gericht tegen de bijlage 13septies.

Diezelfde dag diende het gezin een verzoek in tot verlenging van het hen ter kennis gebrachte bevel om het grondgebied te verlaten met het oog op het lopende schooljaar van de kinderen.

Er werd op 7 november 2017 een vragenlijst overhandigd in het kader van het hoorrecht.

Op 8 november 2017 werd de beslissing genomen waarbij geen gunstig gevolg werd gegeven aan de vraag tot verlenging van het bevel om het grondgebied te verlaten. Tegen die beslissing diende de verzoekende partij, samen met haar gezin een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. De Raad verwierp de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid op 9 november 2017, bij arrest nr. 194.785.

De verzoekende partij en haar gezin dienden tegen de bijlage 13septies een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad. Ook tegen de bijlage 13sexies werd een beroep tot nietigverklaring ingediend bij de Raad.

Op 17 april 2018, bij arrest nr. 202.632, verwierp de Raad het beroep tot nietigverklaring gericht tegen de bijlage 13septies.

Op 17 april 2017, bij arrest nr. 202.633, vernietigde de Raad de beslissing van 8 november 2017, waarbij geen gunstig gevolg werd gegeven aan het verzoek om de termijn van de bevelen om het grondgebied te verlaten te verlengen tot het einde van het schooljaar. De Raad oordeelde dat de motivering niet draagkrachtig is omdat er louter werd verwezen naar een omzendbrief, welke geen verordenend karakter heeft en er niet in concreto werd ingegaan op een door de verzoekende partij ingeroepen element.

Op 16 mei 2018 werd een nieuwe beslissing genomen waarbij geen gunstig gevolg werd gegeven aan de vraag tot verlenging van het bevel om het grondgebied te verlaten van 7 november 2017. Tegen die beslissing diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.

Op 5 maart 2020, bij arrest nr. 233.630, verwierp de Raad het beroep tot nietigverklaring ingediend tegen de voormelde beslissing van 16 mei 2018.

Op 20 december 2018 diende de verzoekende partij een aanvraag in voor een verblijfskaart als familielid van een burger van de Unie, in hoedanigheid van ander familielid ten laste. Op 18 juni 2019 werd door de verwerende partij, de beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten genomen (bijlage 20). Tegen deze beslissing diende de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring in bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Op 5 maart 2020, bij arrest nr. 233.630, verwierp de Raad het annulatieberoep.

Op 23 juli 2018 diende de verzoekende partij een aanvraag in om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet.

Op 11 februari 2020 werden de echtgenote (K. E.) en het minderjarig kind (K. F.) van de verzoekende partij in bezit gesteld van een tijdelijk verblijf. Ook K. R. en Re. werden in bezit gesteld van een tijdelijk verblijf.

Op 11 februari 2020 nam de gemachtigde van de minister de beslissing waarbij de aanvraag om machtiging tot verblijf op grond van artikel 9bis van de Vreemdelingenwet, ten aanzien van de verzoekende partij ongegrond werd verklaard.

Op 12 februari 2020 nam de gemachtigde van de minister een bevel om het grondgebied te verlaten ten aanzien van de verzoekende partij. Dit is de thans bestreden beslissing, waarvan de motivering luidt als volgt:

“BEVEL OM HET GRONDGEBIED TE VERLATEN

Bevel om het grondgebied te verlaten

De heer:

Naam, voornaam: K.,R.

geboortedatum: ...

geboorteplaats: ...

nationaliteit: Albanië

In Albanië ook gekend als :

(...)

In Groot-Brittannië gekend als:

(...)

wordt het bevel gegeven het grondgebied van België te verlaten, evenals het grondgebied van de staten die het Schengenacquis ten volle toepassen¹, tenzij hij beschikt over de documenten die vereist zijn om er zich naartoe te begeven, gezien de gezinssituatie, binnen 30 dagen na de kennisgeving.

REDEN VAN DE BESLISSING:

Het bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgegeven in toepassing van artikel van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en op grond van volgende feiten:

o Krachtens artikel 7, eerste lid, 1° van de wet van 15 december 1980, verblijft hij in het Rijk zonder houder te zijn van de bij artikel 2 vereiste documenten + Krachtens artikel 7, eerste lid, 2° van de wet van 15 december 1980, is hij een vreemdeling vrijgesteld van de visumplicht die langer in het Rijk verblijft dan de maximale duur van 90 dagen op een periode van 180 dagen voorzien in artikel 20 Uitvoeringsovereenkomst van Schengen: Het toegestane verblijf van maximaal 90 dagen op 180 dagen is heden ruimschoots overschreden. Mijnheer verklaart in juni 2013 naar België te zijn gekomen. Op 04.09.2014 startte hij een asielprocedure op. Deze werd in juli 2015 afgesloten. Mijnheer kreeg uitstel om het grondgebied te verlaten tot 25.07.2015. Hij gaf geen gevolg aan het bevel om het grondgebied te verlaten. Op 01.12.2015 startte hij opnieuw een asielprocedure op. In juni 2016 werd deze asielprocedure afgesloten met een negatieve beslissing. Hij kreeg uitstel om het grondgebied te verlaten tot 10.08.2016. Mijnheer keerde niet terug naar het land van herkomst en verblijft nog steeds zonder geldige verblijfsdocumenten in België.

o Krachtens artikel 7, eerste lid, 3° van de wet van 15 december 1980, wordt hij door zijn gedrag geacht de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden: mijnheer werd in Albanië veroordeeld tot een gevangenisstraf van 15 jaar voor doodslag op een politieagent. Mijnheer had de intentie te doden en trachtte zijn straf te ontlopen door een andere naam en voornaam aan te nemen en naar het buitenland te vluchten. In het Verenigd Koninkrijk nam hij een valse identiteit aan om niet opgespoord te kunnen worden. Mijnheer werd door de Britse autoriteiten aan Albanië uitgeleverd. Gezien de aard en ernst van het misdrijf met vlucht en gebruik van een valse identiteit werd het dossier opgesplitst tussen mijnheer enerzijds en zijn echtgenote en de kinderen anderzijds. Hoewel het beginsel van het belang van het kind in principe geldt in alle beslissingen die kinderen raken, heeft het EHRM ook verduidelijkt dat wanneer een verblijfs- en of verwijderingsmaatregel wordt getroffen ten aanzien van een ouder met vreemde nationaliteit wegens strafrechtelijke veroordelingen, de beslissing in de eerste plaats de dader van de strafbare feiten betreft. De moderne communicatietechnieken laten toe om via internet en/of telefoon contact met zijn echtgenote en kinderen te onderhouden. Uit niks blijkt dat contact via telefoon en/of internet vanuit het land waar hij zich zal vestigen niet mogelijk zou zijn. Bovendien kunnen de echtgenote en de kinderen België vrijelijk in- en uitreizen.”

2. Onderzoek van het beroep

In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 74/13 van de Vreemdelingenwet, van de materiële motiveringsplicht, van artikel 62 van de Vreemdelingenwet, van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel en van artikel 8 van het EVRM.

Ter adstruering van haar middel zet de verzoekende partij uiteen wat volgt:

"In de bestreden beslissing wordt de impact c.q. de inmenging van de bestreden beslissing op het gezinsleven erkend.

De (tenuitvoerlegging van de) bestreden beslissing heeft voor gevolg dat verzoeker wordt gescheiden van zijn echtgenote en drie dochters.

Gelet op deze inmenging in het privé en gezinsleven van verzoeker dient acht geslaan te worden op artikel 8 EVRM.

Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

"1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. "

Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het EHRM dient derhalve in concreto een belangenafweging dient te worden gemaakt tussen de inmenging in het gezinsleven vervat in artikel 8 van het EVRM enerzijds, en de openbare orde / strikte noodzakelijkheid voor de democratische samenleving anderzijds.

Hoewel het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven niet absoluut is, en aids dusdanig geen recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een staat waarvan hij geen onderdaan is, te verblijven (EHRM 15 juli 2003, Mokrani/Frankrijk, § 23; EHRM 26 maart 1992, Beldjoudi/Frankrijk, § 74; EHRM 18 februari 1991, Moustaquim/België, § 43), zijn verdragsluitende Staten er wel toe gehouden om, binnen de beleids marge waarover zij beschikken, een billijke afweging te maken tussen de concurrerende belangen van het individu en het algemeen belang (zie EHRM 28 juni 2011, Nunez/Noorwegen, §§ 68-69, EHRM 3 oktober 2014 Jeunesse/ Nederland, EHRM 2 augustus 2001, Boulouf/ Nederland, EHRM 18 oktober 2006, Uner / Nederland).

In zaken die zowel op een gezinsleven als op immigratie betrekking hebben, zal de omvang van de negatieve dan wel positieve verplichtingen van een Verdragsluitende Staat in het kader van artikel 8 van het EVRM afhankelijk zijn van de individuele omstandigheden van de betrokken personen en het algemeen belang (EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 140).

De beleids marge van Verdragsluitende Staten wordt overschreden wanneer Staten geen billijke afweging maken tussen het algemeen belang enerzijds, en het belang van het individu anderzijds.

Of het nu een negatieve verplichting of een positieve verplichting betreft, in beide gevallen dienen de genomen maatregelen gerechtvaardigd en proportioneel te zijn. Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka/België, § 83), en anderzijds dat dit artikel primeert op de bepalingen van de vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210.029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan zij kennis heeft of zou moeten hebben.

De toepassing van de vreemdelingenwet moet aan de voorwaarden van artikel 8 van het EVRM worden getoetst. Er rust bijgevolg een onderzoeksplicht bij Verdragsluitende Staten: bij het nemen van een verblijfs- en/of verwijderingsbeslissing dienen steeds nauwgezet de individuele en concrete omstandigheden van een bepaald geval te worden onderzocht in het kader van een billijke belangenafweging.

In het arrest JEUNESSE/ NEDERLAND heeft het EHRM recent nog gewezen op de specifieke omstandigheden welke in rekening dienen te worden gebracht.

Verzoeker citeert uit het arrest (met eigen onderlijning):

(...) However, the boundaries between the State's positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation. 107. Where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a

State a general obligation to respect a married couple's choice of country for their matrimonial residence or to authorise family reunification on its territory\ Nevertheless, in a case which concerns family life as well as immigration, the extent of a State's obligations to admit to its territory relatives of persons residing there will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest. Factors to be taken into account in this context are the extent to which family life would effectively be ruptured, the extent of the ties in the Contracting State, whether there are insurmountable obstacles in the way of the family hxting in the country of origin of the alien concerned and whether there are factors of immigration control (for example, a history of breaches of immigration law) or considerations of public order weighing in favour of exclusion (see *Butt v. Norway*, cited above, § 78). (...)

Vrije vertaling onderlijnd fragment:

“Elementen welke m overweging dienen te worden genomen zijn de omvang in dewelke de gezinsbanden zouden worden verbroken, de hechtheid van de banden in de lidstaat, of er onoverkomelijke hindernissen zijn om in het land van herkomst te wonen en of er factoren zijn van immigratiecontrole (..) of overwegingen van openbare orde ten gunste van uitsluiting (■■■■)”

En verder:

109. Where children are involved, their best interests must be taken into account (see *Tuquabo- Tekle and Others v. the Netherlands*, no. 60665/00, § 44, 1 December 2005; *mutatis mutandis*, *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, §§ 139-140, 19 January 2012; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135; and *X v. Latvia [GC]*, no. 27853/09, § 96, ECHR 2013). On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135, and *X v. Latvia*, cited above, § 96). Whilst alone they cannot be decisive, such interests certainly must be afforded significant weight. Accordingly; national decision-making bodies should, m principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality' of any removal of a non national parent in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it.

Vrije vertaling onderlijnd fragment:

“ Als er kinderen betrokken zijn, moeten steeds hun voornaamste belang in overweging worden genomen. (..) Op dit bijzondere punt herhaalt het Hof dat er een brede consensus is; ook in het internationaal recht, ten gunste van de idee dat in alle beslissingen m.b.t. kinderen, hun voornaamste belang bijzonder belangrijk is. (...) Hoewel hun belang niet bepalend kan zijn, moet aan dit belang een aanzienlijk gewicht worden gegeven. Dienvolgens dienen nationale autoriteiten rekening houden met de gegevens van de zaak, met eerbiediging van de werkbaarheid, de uitvoerbaarheid en de proportionaliteit van een verwijdering van een niet onderdaan-ouder zodat een daadwerkelijke bescherming wordt geboden aan het belang van de kinderen die erdoor worden ge troffen

In dezelfde benadrukte het Hof reeds in het arrest *PAPOSHVILI* dat in situaties die betrekking hebben op gezinnen, het belang van het kind wordt beschouwd als een determinerende overweging die moet worden meegenomen in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 17 april 2014, *Paposhvili/België*, § 144).

Het hoger geciteerde arrest *BOULTIF* formuleert o.a. volgende criteria voor de toepassing van art. 8 EVRM. :

- de aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuken;
- de tijdsduur van het verblijf in het gastland;
- de tijdsduur die verstreken is sinds de inbreuk en het gedrag van de verzoekende partij sindsdien;
- de gezinssituatie van de verzoekende partij en, naargelang het geval, de tijdsduur van haar huwelijk, en andere factoren die wijzen op een daadwerkelijk beleefd gezinsleven als koppel: enkel het bestaan ervan wordt vermeld, doch er wordt geen daadwerkelijke afweging doorgevoerd;
- de kinderen uit dit huwelijk en hun leeftijd: deze worden enkel formeel vermeld doch vormen niet het voorwerp van enige afweging;
- - het belang en welzijn van de kinderen, in het bijzonder de ernst van de moeilijkheden die de kinderen riskeren in het land waarheen ze worden uitgewezen: niet onderzocht;
- de hechtheid van de sociale, culturele en familiale banden met het gastland en het land waarheen ze worden verwijderd;

De belangenafweging in de bestreden beslissing is gebrekkig en strijdig met art. 8 EVRM.

(i) Nopens de onjuiste en onvolledige feitelijke gegevens

De bestreden beslissing maakt gewag van een gevangenisstraf van 15 jaar voor doodslag op een politie-agent.

Dit is fundamenteel onjuist: verzoeker werd uiteindelijk niet tot 15 jaar gevangenisstraf veroordeeld, doch wel tot een gevangenisstraf van 8 jaar, waarbij door het Hof te Tirana verschillende verzachtende omstandigheden werden weerhouden (zie verzoekschrift en stukkenbundel in de beroepsprocedure

gericht tegen de 9bis-beslissing), o.a. de bedreiging door het slachtoffer die aan een vriend vroeg zijn Kalashnikov af te geven om verzoeker neer te schieten.

In tegenstelling tot wat de bestreden beslissing vermeldt, vluchtte verzoeker niet voor de autoriteiten, doch wel voor de boedwraak van de familie G..

Verwerende partij geeft de feiten verkeerd weer en stelt ten onrechte verzoeker voor als een gevaar voor onze openbare orde, terwijl de feiten in een zeer specifieke context geschieden (zie arrest Hof van Beroep te Tirana) en reeds een bijzondere anciënniteit vertonen derwijze zij niets meer over de actuele gesteldheid van verzoeker zeggen.

De juiste versie van de feiten blijkt uit het administratief dossier opgesteld en meer bepaald uit het arrest van het Hof van beroep te Tirana (zie stuk 3 beroepsprocedure 9bis).

De weergave van de feiten en de voorstelling van verzoeker in de bestreden beslissing vinden geen steun in het administratief dossier, in tegendeel, zij zijn ermee in strijd.

Anderzijds houdt de bestreden beslissing geen rekening met de voorwaarden welke aan de gezinsleden van verzoeker werden opgelegd voor de vernieuwing van de verblijfsvergunning (zie stuk 2). Zij krijgen één voor één (behoudens de minderjarige dochter Fiona) de voorwaarde opgelegd te werken of school te gaan.

De stelling van verwerende partij dat het gezinsleven verder zou kunnen worden onderhouden doordat de kinderen vrijelijk kunnen in- en uitreizen is feitelijk onjuist, en houdt geen rekening met de door verwerende partij zelf opgelegde voorwaarde dat echtgenote en de kinderen dienen te werken/ school te gaan indien zij de vernieuwing van hun verblijfsvergunning wensen te bekomen.

(ii) Nopens de BOULTIF-criteria

De BOULTIF-criteria, voorgestaan door het EHRM, werden door verwerende partij niet, minstens onvoldoende betrokken, zodat de belangenafweging als gebrekkig dient te worden beschouwd.

a. De aard en ernst van de strafrechtelijke inbreuken

Zoals hierboven toegelicht, is de aard en de ernst van de inbreuken door verwerende partij onjuist weergegeven, (zie arrest Hof van Beroep te Tirana dd. 01.03.13 waarin verschillende verzachtende omstandigheden worden aangenomen)

b. De tijdsduur die verstreken is

Dat de feiten inmiddels dateren van meer dan 22 jaar geleden en een bijzonder anciënniteit vertonen, is een element dat door verwerende partij niet wordt meegenomen.

Evenmin wordt de reeds door verzoeker ondergane detentie in overschouw genomen.

c. De gezinssituatie van verzoekende partij

Zoals hoger toegelicht gaat verwerende partij er ten onrechte van uit dat zijn dochters en echtgenote vrijelijk kunnen in- en uitreizen.

De dochters dienen te studeren en de echtgenote dient te werken, i.e. voorwaarden opgelegd door verwerende partij zelf.

Dat verzoeker reeds meer dan 25 jaar gehuwd is met zijn echtgenote en steeds hun gezinsleven als koppel hebben beleefd, wordt evenmin in acht genomen door verwerende partij.

Conclusie: de bestreden beslissing doorstaat de toets van het BOULTIF-arrest niet zodat een schending van art. 8 EVRM dient te worden aangenomen.

(iii) Nopens de moderne communicatiemiddelen

In het kader van de belangenafweging meent verwerende partij nog dienstig te kunnen verwijzen naar de beschikbaarheid van moderne communicatiemiddelen.

De verwijzing naar de mogelijkheid voor verzoeker om zich te bedienen van moderne communicatiemiddelen, is onverenigbaar met het recht op de eerbiediging van het gezinsleven zoals ingevuld door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde reeds bij herhaling dat het recht op een gezinsleven het recht inhoudt om samen te leven, dat nl. één van de fundamentele elementen vormt van het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

Verzoekster wijst op het arrest van het EHRM dd. 16 april 2013, UDEH t/ Zwitserland, klachtnr. 12020/09 (eigen onderlijning):

53. Lastly, the Government claimed that the contacts between the first applicant and his two daughters would not be rendered impossible if he were to return to Nigeria. The Court observes that, in a decision of 25 January 2011, the Federal Office of Migration imposed on the first applicant a ban on entering Switzerland with effect until 26 January 2020. As to the possibility for the applicants to request a temporary or indefinite suspension of the expulsion measure, a possibility that arose from the said decision (see paragraphs 15 and 21 above), the Court takes the view that, even if the competent authorities were to grant such a request, the temporary measures could by no means be regarded as replacing the applicants' right to enjoy their right to live together, which constitutes one of the fundamental aspects of the right to respect for family life (see, *mutatis mutandis*, *Agraw v. Switzerland*, no. 3295/06, § 51, and *Mengesha Kimfe v. Switzerland*, no. 24404/05, §§69-72, both of 29 July 2010).

Het Hof oordeelt aldus uitdrukkelijk dat het recht om samen te leven een fundamenteel element vormt van het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

In haar noot m.b.t. dit arrest overweegt wijlen prof. S VAN WALSUM (stuk 3):

Dergelijke incidentele bezoeken, voor zover ze al tot de reële mogelijkheden behoren, kunnen nooit als compensatie gelden voor de inbreuk die zou worden gemaakt in het recht om samen te leven, dat een van de fundamentele elementen vormt van het recht op respect voor het gezinsleven. Dit zie ik zelf als een belangrijke overweging, omdat wel eens wordt gesteld dat moderne communicatiemiddelen, zoals skype of e-mail, het mogelijk maken om gezinsleven op een afstand te voeren. Hiermee geeft het EHRM aan dat het recht om in elkaars fysieke nabijheid te zijn, wezenlijk is aan het recht op respect voor het gezinsleven.

M.a.w.: het recht om in elkaars fysieke nabijheid te verblijven is een fundamenteel aspect van het recht op eerbiediging van het gezinsleven zodat verwerende partij in het kader van de belangenafweging in het kader van art. 8 EVRM niet kan volstaan naar de aanwezigheid van moderne communicatiemiddelen.

Dit geldt a fortiori voor het duurzame gezinsleven dat verzoeker met zijn echtgenote onderhoudt (= meer dan 30 jaar reeds) en met zijn kinderen (ca. 20 jaar); zij voeren reeds jaar en dag een gezinsleven zodat redelijkerwijze niet kan verwacht worden dat zij thans uitsluitend via telefonie of internet contact zouden houden.

Een schending van art. 8 EVRM dient derhalve te worden aangenomen."

Artikel 8 van het EVRM bepaalt als volgt:

"1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

Rekening houdend met het feit enerzijds dat de vereiste van artikel 8 van het EVRM, net zoals die van de overige bepalingen van het EVRM, te maken heeft met waarborgen en niet met louter goede wil of met praktische regelingen (EHRM 5 februari 2002, Conka v. België, § 83) en anderzijds, dat dit artikel primeert op de bepalingen van de Vreemdelingenwet (RvS 22 december 2010, nr. 210 029), is het de taak van de administratieve overheid om, vooraleer te beslissen, een zo nauwkeurig mogelijk onderzoek te doen van de zaak en dit op grond van de omstandigheden waarvan hij kennis heeft of zou moeten hebben.

Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven een "fair balance" moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en diens familie enerzijds en het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde anderzijds. Daarbij moeten alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken.

De Raad oefent slechts een wettigheidscontrole uit op de bestreden beslissing. Bijgevolg gaat de Raad na of de verwerende partij alle relevante feiten en omstandigheden in haar belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de verwerende partij zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat die afweging heeft geresulteerd in een "fair balance" tussen enerzijds het belang van een vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezins/ privé-leven hier te lande en anderzijds het algemeen belang van de Belgische samenleving bij het voeren van een migratiebeleid en het handhaven van de openbare orde.

Deze maatstaf impliceert dat de Raad niet de bevoegdheid bezit om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de administratieve overheid. Bijgevolg kan de Raad niet zelf de belangenafweging doorvoeren. (RvS 26 januari 2016, nr. 233.637; RvS 26 juni 2014, nr. 227.900)

Het waarborgen van een recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven, veronderstelt het bestaan van een privé- en/of familie- en gezinsleven dat beschermenswaardig is onder artikel 8 EVRM.

Dit privé- en/of familie- en gezinsleven dient te bestaan op het moment van de bestreden beslissing.

De Raad kijkt in eerste instantie na of de verzoekende partij een beschermenswaardig privé- en/of familie- en gezinsleven aanvoert in de zin van het EVRM, vooraleer te onderzoeken of een inbreuk werd gepleegd op het recht op respect voor het privé- en/of familie- en gezinsleven door het nemen van de bestreden beslissing.

Artikel 8 van het EVRM definieert het begrip 'familie- en gezinsleven' noch het begrip 'privéleven'. Beide begrippen zijn autonome begrippen, die onafhankelijk van het nationale recht dienen te worden geïnterpreteerd.

Uit de bestreden beslissing blijkt dat het bestaan van een privé/gezinsleven dat beschermenswaardig is onder artikel 8 EVRM, niet wordt betwist.

Bijgevolg dient de Raad te onderzoeken is of er sprake is van een schending van het recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven.

Het door artikel 8 van het EVRM gewaarborgde recht op respect voor het gezins- en privéleven is niet absoluut. Inzake immigratie heeft het EHRM er bij diverse gelegenheden aan herinnerd dat het EVRM als dusdanig geen enkel recht voor een vreemdeling waarborgt om het grondgebied van een Staat waarvan hij geen onderdaan is, binnen te komen of er te verblijven (EHRM 9 oktober 2003, Slivenko/Letland (GK), § 115; EHRM 24 juni 2014, Ukaj/Zwitserland, § 27). Artikel 8 van het EVRM kan evenmin zo worden geïnterpreteerd dat het voor een Staat de algemene verplichting inhoudt om de door vreemdelingen gemaakte keuze van de staat van gemeenschappelijk verblijf te respecteren en om de gezinshereniging op zijn grondgebied toe te staan (EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 43). De Verdragsstaten hebben het recht, op grond van een vaststaand beginsel van internationaal recht, behoudens hun verdragsverplichtingen, met inbegrip van het EVRM, de toegang, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen te controleren (EHRM 26 juni 2012, Kurić en a./Slovenië (GK), § 355; zie ook EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 100). De Staat is aldus gemachtigd om de voorwaarden voor de binnenkomst, het verblijf en de verwijdering van niet-onderdanen vast te leggen.

Niettemin, in bepaalde gevallen kunnen binnenkomst-, verblijfs- en verwijderingsmaatregelen aanleiding geven tot een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven, zoals gewaarborgd onder artikel 8 van het EVRM.

Of daarvan daadwerkelijk sprake is, moet onderzocht worden in het licht van de vraag of de vreemdeling voor de eerste keer om toelating tot binnenkomst en/of verblijf heeft verzocht, dan wel of het gaat om een weigering van een voortgezet verblijf.

In casu betreft het een situatie eerste toelating.

Hierbij oordeelt het EHRM dat er geen toetsing geschiedt aan de hand van het tweede lid van artikel 8 van het EVRM, maar moet eerder onderzocht worden of er een positieve verplichting is voor de Staat om de betrokken vreemdeling op zijn grondgebied toe te laten of te laten verblijven zodat hij zijn recht op eerbiediging van het privé- en/of familie- en gezinsleven aldaar kan handhaven en ontwikkelen (EHRM 28 november 1996, Ahmut/Nederland, § 63; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 38; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 105). Dit geschiedt aan de hand van de 'fair balance'-toets waarbij wordt nagegaan of de staat een redelijke afweging heeft gemaakt tussen de concurrerende belangen van de het individu, enerzijds, en de samenleving, anderzijds. Staten beschikken bij deze belangenafweging over een zekere beoordelingsmarge.

De omvang van de positieve verplichting is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de betrokken individuen en het algemeen belang (EHRM 17 oktober 1986, Rees/The United Kingdom, § 37; EHRM 31 januari 2006, Rodrigues Da Silva en Hoogkamer/Nederland, § 39; EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 106-107). In het kader van een redelijke afweging worden een aantal elementen in rekening genomen, met name de mate waarin het gezins- en privéleven daadwerkelijk wordt verbroken, de omvang van de banden in de Verdragsluitende Staat, alsook de aanwezigheid van onoverkomelijke hinderpalen die verhinderen dat het gezins- en privéleven elders normaal en effectief wordt uitgebouwd of verdergezet. Deze elementen worden afgewogen tegen de aanwezige elementen van immigratiecontrole of overwegingen inzake openbare orde.

Een ander belangrijke overweging is of het gezinsleven zich heeft ontwikkeld in een periode waarin de betrokken personen zich ervan bewust dienden te zijn dat de verblijfsstatus van een van hen er toe leidt dat het voortbestaan van het gezins- en privéleven in het gastland vanaf het begin precair zou zijn. Waar dit het geval is, zal er enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake zijn van een schending van artikel 8 EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 108; zie ook EHRM 17 april 2014, Paposhvili/België, § 142).

Hoewel artikel 8 van het EVRM geen uitdrukkelijk procedurele waarborgen bevat, stelt het EHRM dat de besluitvormingsprocedure die leidt tot maatregelen die een inmenging uitmaken op het privé- en gezinsleven, billijk moet verlopen en op passende wijze rekening moet houden met de belangen die door artikel 8 EVRM worden gevrijwaard. Deze procedurele vuistregel is volgens het EHRM tevens van toepassing op situaties waar sprake is van een eerste toelating tot verblijf (EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 46; EHRM 10 juli 2014, Tanda-Muzinga/Frankrijk, § 68). Staten gaan hun beoordelingsmarge te buiten en schenden artikel 8 van het EVRM wanneer zij falen op zorgvuldige wijze een redelijke belangenafweging te maken (EHRM 28 juni 2011, Nuñez/Noorwegen, § 84; EHRM 10 juli 2014, Mugenzi/Frankrijk, § 62).

Zowel uit de bestreden beslissing, als uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat de echtgenote van de verzoekende partij en haar kinderen gemachtigd werden tot een verblijf, terwijl ten aanzien van de verzoekende partij een verwijderingsmaatregel wordt getroffen. De reden hiervoor is dat de verzoekende partij geacht wordt de openbare orde of de nationale veiligheid te kunnen schaden.

De verwerende partij wijst erop dat de verzoekende partij in Albanië werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 15 jaar voor doodslag op een agent; dat zij de intentie had om te doden en dat zij haar straf trachtte te ontlopen door een andere naam aan te nemen en naar het buitenland te vluchten, maar dat zij uiteindelijk aan Albanië werd uitgeleverd.

Nazicht van de stukken van het administratief dossier toont aan dat de verzoekende partij door het Hof van Beroep te Tirana werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 8 jaar voor doodslag met voorbedachte rade en illegale wapendracht. De feiten werden gepleegd in 1997. De verzoekende partij raakte verwickeld in een ruzie in een bar met een politieagent en schoot de man dood nadat deze hem had geprovoceerd en tal van verwijten naar zijn hoofd had geslingerd. De verzoekende partij nam inderdaad een andere naam en ontvluchtte haar land, doch werd uiteindelijk uitgeleverd aan Albanië, alwaar ze haar straf heeft uitgezeten en op 3 augustus 2014 werd vrijgelaten. Sedertdien heeft de verzoekende partij geen strafbare feiten meer gepleegd. Gezien het lange tijdsverloop acht de Raad het onredelijk van de verwerende partij om op dit moment te stellen dat de verzoekende partij geacht wordt de openbare orde te kunnen schaden.

Verder kan de verzoekende partij worden gevolgd waar ze stelt dat de verwerende partij het hoger belang van de kinderen niet heeft betrokken in haar belangenafweging.

Het belang van het kind vormt de eerste overweging in de belangenafweging. Hoewel het hoger belang van het kind op zichzelf niet beslissend is, moet hieraan wel een belangrijk gewicht worden toegekend in de belangenafweging vereist onder artikel 8 van het EVRM (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109).

Het beginsel van het belang van het kind omvat twee aspecten, met name enerzijds het behouden van eenheid van het gezin en anderzijds het welzijn van het kind (EHRM 6 juli 2010, nr. 41615/07, Neulinger en Shuruk v. Zwitserland (GK), par. 135-136).

Dienaangaande moeten nationale beslissingsorganen, bij afweging van de belangen van kinderen, alle elementen van bewijs toetsen ten aanzien van de praktische gevolgen, de haalbaarheid en de proportionaliteit van de verwijdering van de ouder met vreemde nationaliteit, teneinde daadwerkelijke bescherming te verschaffen en voldoende gewicht te geven aan de belangen van de rechtstreeks betrokken kinderen / de kinderen die rechtstreeks geraakt worden door de verwijderingsbeslissing (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 109).

De impact van de bestreden beslissing op de betrokken kinderen is dan ook een belangrijke overweging. Bijzondere aandacht wordt daarom besteed aan omstandigheden van de betrokken kinderen, zoals hun leeftijd, hun situatie in het gastland en het land van herkomst en de mate waarin zij afhankelijk zijn van hun ouders. (EHRM 3 oktober 2014, Jeunesse/Nederland (GK), § 118).

De belangenafweging die de verwerende partij doorvoerde werd niet met de nodige zorgvuldigheid voorbereid.

Een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel juncto artikel 8 van het EVRM kan worden aangenomen.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

3. Korte debatten

De verzoekende partij heeft een gegrond middel aangevoerd dat leidt tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Er is grond om toepassing te maken van artikel 36 van het koninklijk besluit van 21 december 2006 houdende de rechtspleging voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. De vordering tot schorsing, als accessorium van het beroep tot nietigverklaring, is zonder voorwerp. Er dient derhalve geen uitspraak gedaan te worden over de exceptie van onontvankelijkheid van de vordering tot schorsing, opgeworpen door de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde van de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie van 12 februari 2020 tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten, wordt vernietigd.

Artikel 2

De vordering tot schorsing is zonder voorwerp.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op vijftientwintig juni tweeduizend twintig door:

mevr. J. CAMU,

kamervoorzitter,

mevr. C. VAN DEN WYNGAERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGAERT

J. CAMU